

BREVES REFLEXOES SOBRE OS CRIMES PREVISTOS NO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:¹ LEI N. 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE CRIMINAL PROVISIONS OF THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION ACT

*Cristina Emy Yokaichiya**

Resumo:

A matéria tem como escopo a vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) acatado na Legislação brasileira como inovação necessária e benéfica à defesa dos consumidores, enfatizando a relação caquética com o Código Civil (CC), de 1916.

Palavras-chave: Crime. Código de Defesa do Consumidor. Administrativização do Direito Penal.

Abstract:

This Paper is about the enactment of the Brazilian Consumer Code as a necessary and efficient innovation for consumer protection, emphasizing the deficient relation with the revoked Brazilian Civil Code of 1916.

Keywords: Crime. Consumer Protection Act (Codigo de Defesa do Consumidor). Criminal Law's Use of Administrative Measures.

1. Nota introdutória: art. 61 do CDC² e a proteção do bem jurídico

A vigência do Código de Defesa do Consumidor foi recebida na legislação brasileira como uma inovação necessária e benéfica à defesa dos consumidores, principalmente em relação ao já vetusto Código Civil de 1916. O brilho dos novos institutos, contudo, ofuscou a atenção necessária à análise da guarida penal.

Se por um lado o ordenamento foi vitorioso com a introdução da responsabilidade civil objetiva, a inversão do ônus probatório, a alteração dos efeitos da coisa julgada e, até mesmo, com uma moderna forma de resolução de conflitos na esfera coletiva de interesses supraindividuais, suprimindo a hipossuficiência existente nas relações de consumo, não logrou o mesmo êxito na aplicação de sanções penais aos crimes tipificados na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹ Trabalho elaborado, em dezembro de 2008, no curso de Direito do Consumidor e Direito Empresarial em Direito Comparado I (Relações Fundamentais e Antinomias), ministrado pelo professor doutor Newton de Luca, na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

* Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Barcelona e pela Universidade Pompeu Fabra.

² A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor, será muitas vezes tratadas neste artigo por sua sigla CDC; e o Código Penal, por CP.

O objetivo deste artigo consiste, portanto, em destacar, de forma breve e ilustrativa, algumas questões relevantes surgidas no âmbito penal do consumidor, previsto no Título II do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente há de se esclarecer que o CDC, no art. 61, reconhece a existência de um cipoal de normas que regulam a matéria, dispondo:

Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Dessa forma, além dos delitos descritos no CDC, mantêm-se os demais tipos penais existentes no Código Penal de 1940,³ na Lei n. 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo,⁴ na Lei n. 1.521/51, que versa sobre os crimes contra a economia popular e na Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.⁵

É interessante notar que, diante desse emaranhado de leis, derivada da *hipertrofia legislativa penal*, houve uma relevante alteração quanto ao bem jurídico protegido.

Antes, a exemplo dos crimes do Código Penal, preponderava uma visão antropocêntrica, em que a proteção jurídico-penal incidia nos bens jurídicos individuais. A conduta antijurídica configurava-se com a lesão ou colocação em perigo da vida ou da saúde dos consumidores. A imputação penal somente teria razão de ser se protegesse diretamente o homem (e indiretamente a relação de consumo). É exemplo desse raciocínio a lesão corporal por consumo de substância imprópria, em que, em primeiro lugar, está a preocupação com a integridade física do indivíduo.

No entanto, a nova legislação dos anos 90, seguindo movimento internacional, alterou a interpretação dos tipos penais para que o bem jurídico protegido fosse a própria relação de consumo. Por escolha político-criminal, coloca-se em destaque a proteção de direitos supraindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos).

Diante da inevitável alteração dos institutos do Direito Penal tradicional, mantém-se vivo o debate doutrinário sobre a legitimidade da intervenção criminal na tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos. Os estudiosos da escola de Frankfurt alegam que os bens jurídicos transindividuais intermediários não são dignos de tutela penal, devendo ser

³ Destacam-se os delitos de estelionato, art. 171; apropriação indébita, art. 168; fraude no comércio, art. 175; defraudação na entrega da coisa, art. 171, §2º, IV; além de todos os crimes contra a saúde pública, arts. 267 a 284.

⁴ Especificamente nos arts. 6º e 7º.

⁵ Como por exemplo, o art. 56.

objeto de proteção extrapenal.⁶ Há, ainda, os que pleiteiam a intervenção de outros ramos pelo princípio da intervenção mínima estatal e propõem a tutela por meio do Direito Civil e do Direito Administrativo, por possuírem instrumentos mais adequados à defesa daqueles interesses metaindividuais. Por fim, há os que, seguindo a tendência intervencionista do Estado Democrático de Direito, admitem que o bem jurídico atraia conteúdos de direitos e garantias fundamentais, devendo, por essa razão, ser inserido nas legislações penais modernas.⁷

O Brasil, conforme a última linha, adotou a tutela criminal dos interesses coletivos, que possuem certa autonomia em relação aos particulares individualmente considerados. A atuação do mecanismo mais duro do Estado só adquiriria eficácia e legitimidade se não fosse mais exigida lesão ou colocação em perigo da vida ou integridade física dos consumidores; caso contrário, a recorrente ausência de lesão levaria à inaplicação dos institutos. A relação de consumo propriamente dita passa, portanto, a ser o objeto de proteção e, por esse motivo, adota-se o modelo de leis penais em branco e de tipos penais de perigo.⁸

Assim, a mera colocação de produtos ou serviços nocivos no mercado, independente de sua utilização, já é suficiente à configuração da antijuridicidade penal, em que, em primeiro lugar, está resguardada a relação de consumo, assegurando-se preventivamente a saúde dos cidadãos de modo global. Depois, em segundo lugar, caso o produto seja efetivamente utilizado e resulte em dano, protege-se a saúde individual e a vida, por meio dos já conhecidos delitos de lesão corporal e homicídio.

Frente a essa concepção, toma-se a classificação proposta pelo professor Eduardo Reale Ferrari,⁹ que divide os crimes em duas subclasses distintas: (i) crimes de consumo próprio, correspondentes àqueles que tutelam diretamente a própria relação de consumo e (ii) crimes de consumo impróprios, cuja proteção consumerista é acidental, incidindo primordialmente em bens jurídicos como a vida, integridade física, patrimônio, proteção à saúde pública e segurança do cidadão.

No presente trabalho, para limitar o âmbito de estudo, tratar-se-á exclusivamente dos crimes referentes à primeira categoria, dos crimes de consumo próprio do Código de Defesa do Consumidor. Ressalte-se, entretanto, que, ao longo da exposição

⁶ HASSEMER, Winfried. Característica e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, a. 3, n. 18, p.144-157, fev./mar. 2003.

⁷ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; manifestam-se em relação ao bem jurídico ambiental, contudo fazer uma análise global sobre a proteção penal dos direitos difusos e coletivos.

⁸ Os tipos penais de perigo serão tratados adiante.

⁹ Essa classificação foi apresentada em Palestra sobre Responsabilidade Penal do Fabricante nos Crimes contra o Consumidor ministrada pelo professor Eduardo Reale Ferrari, no Curso de Direito Penal Empresarial, São Paulo, IBCCrim, 12/08/2003.

dos artigos relativos às condutas delituosas do CDC, apresentar-se-ão breves pinceladas a respeito das principais constatações sobre o direito penal do consumidor, estabelecendo-se, à medida do possível, paralelos com o restante do ordenamento.

2. Art. 62: a legalidade e o veto presidencial

Art. 62. Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios.

O primeiro artigo da seção penal, que disciplinava a conduta ilícita de venda de mercadoria ou fornecimento de produtos fora das determinações do CDC, foi vetado.

Apesar de a responsabilidade criminal por produtos defeituosos ser um dos mais destacados problemas na relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor foi privado dessa tutela em razão do veto presidencial, que dispunha que “em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Assim o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5º, XXXIX, da Constituição”.

De fato, para os dispositivos penais, a regra da legalidade assume extrema relevância para limitar o espaço coercitivo do poder sancionador estatal.¹⁰ A reserva legal do *nullum crimen nulla poena sine lege* surgiu como reação aos arbítrios subjetivos do regime absolutista, passando a direcionar as expectativas da população ao dar publicidade e prévio conhecimento dos comportamentos sociais tipificados como delitos e as correspondentes sanções aplicáveis.

Beccaria já prelecionava que “só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade”.¹¹ Portanto, trata-se a legalidade de preceito que aspira ao sentimento de segurança jurídica, com o fim de garantir ao cidadão a não submissão a quaisquer coerções arbitrárias não predispostas em lei.

O preceito da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, subdivide-se em, pelo menos, quatro corolários:

Lei Prévia - *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*: veda-se a retroatividade da lei penal em detrimento do acusado. Impõe-se a entrada em vigor da lei penal incriminadora antes do fato punível, proibindo-se que alguém seja apenado se, no

¹⁰ DOTTI, René Ariel. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 55-59, considera o princípio da legalidade como Princípio da Anterioridade da Lei Penal, afirmando ser essa a designação mais apropriada, “por dois aspectos: a) destaca a exigência de uma lei penal precedente ao fato para que o mesmo possa assumir o caráter criminoso; b) é assim chamada pela rubrica lateral do art. 1º do CP de 1940, desde sua redação original”.

¹¹ BECCARIA Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti ontessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 44.

momento da ação, não havia tipificação prevista em lei, e que o autor seja prejudicado com o agravamento, quantitativo ou qualitativo, da pena por lei posterior ao fato. É admissível somente que retroaja lei mais favorável ao réu para beneficiá-lo (*in bonam partem*).

Lei Estrita - *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*: proíbe-se o emprego de analogia para a criação de crimes, para a fundamentação dos mesmos, bem como para o agravamento de pena. Somente a utilização de norma destinada à conduta é passível de aplicação, excluindo-se qualquer tipo de expansão lógica (analogia). Aceita-se apenas a formulação de analogia que favoreça o acusado.

Lei Escrita - *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*: inibe-se a criação de crimes pelo costume. Aplica-se unicamente a lei escrita promulgada com as previsões constitucionais que garantem sua validade no ordenamento jurídico.

Lei Certa - *nullum crimen nulla poena sine lege certa*: não pode haver incriminações vagas e indeterminadas. Clama-se pela clareza e exclusão da ambigüidade de termos e definições. Espera-se que a definição estabelecida pelo legislador seja precisa e inequívoca, compreensível por todos os cidadãos, expelindo-se, desse modo, tipos penais genéricos, vazios ou com cláusulas gerais e indeterminadas.

Sem desmerecer a preocupação do Poder Executivo com a legalidade da norma penal expressada no veto, verifica-se que, embora o art. 62 do CDC tenha efetivamente utilizado a expressão subjetiva e lacunosa “*produtos ou serviços impróprios*”, o próprio Código de Defesa do Consumidor trouxe sua definição no art. 18, §6º:

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

- I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
- II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Os produtos com prazo de validade esgotado, aqueles com composição modificada, capazes de gerar dano ao consumidor, e os inadequados à sua finalidade constituem os materiais arrolados como impróprios pelo Código de Defesa do Consumidor.

A legalidade, portanto, estava *prima facie* devidamente adequada com a remissão do art. 62 do CDC a outro preceito normativo, não havendo irregularidade legislativa. Mesmo com a latente indefinição do termo “inadequados” no art. 18, §6º, inc. III, seria possível e viável a aplicação do tipo penal vetado sem ofensa ao art. 5º, XXXIX, da Constituição, desde que adotada interpretação a ela conforme na aplicação do artigo vetado.

O veto presidencial revelou-se incongruente três meses depois, quando foi sancionada a Lei n. 8.137/90, cujo art. 7º valia-se da mesma expressão *imprecisa*, sem a oposição do Poder Executivo:

Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:
IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; (grifos nossos)

3. Art. 63 e a acessoriedade administrativa

Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade (...)
§1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

O crime definido pelo art. 63 do CDC sanciona a omissão do agente que deixar de alertar o consumidor dos efeitos nocivos e perigosos dos produtos colocados no mercado ou dos serviços a serem prestados. A regra é a execução de uma determinada conduta e a ilicitude provém, portanto, do não-fazer. Trata-se, por isso, de *crime omissivo próprio*.

Novamente, há utilização de conceitos vagos e subjetivos, o que traz insegurança quanto à expectativa de conduta a ser realizada pelo fornecedor e a esperada pelo consumidor. O excesso de subjetivismo na compreensão das expressões *nocividade* e *periculosidade* não é suprido por outro preceito normativo, como no antigo anterior.

A concepção de *impróprio para consumo* (art. 18, §6º, do CDC) constitui termo bem distinto de *nocividade* e *periculosidade*. Isto porque podem existir alimentos impróprios para a ingestão, mas incapazes de gerar efeito nocivo ou perigoso ao indivíduo. Luiz Flávio Gomes cita os exemplos da rapadura com pata de abelha ou dos doces caseiros empoeirados, que embora impróprios, não são por si sós nocivos ao consumidor.¹²

O grau de incerteza dos conceitos utilizados no tipo penal pode levar, por exemplo, à abertura de inquérito policial em razão da venda de velas sem informação sobre sua *periculosidade*. A crítica central ao tipo penal é que todo material, dependendo da forma que for utilizado, pode vir a preencher esses dois conceitos.

¹² GOMES, Luiz Flávio; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Penal do Consumidor*. São Paulo: IBCCrim, 1999. (Curso de Direito Penal Econômico, palestra apresentada entre os dias 16 a 18/08/1999).

Para evitar a arbitrária valoração judicial, seria ideal uma relação de produtos nocivos ou perigosos, definida por decreto ou regulamento, a fim de preencher a faceta de *lege certa* do art. 63, do CDC.

Essa técnica da norma penal em branco, rotineiramente empregada para a proteção dos bens de natureza difusa, consiste na remissão a outras normas, em virtude da complexidade do tema e das constantes inovações tecnológicas, com o fim de evitar o engessamento do tipo penal e abarcar um conjunto maior de condutas. O exemplo clássico de norma penal em branco é a definição das substâncias entorpecentes cujo porte ou tráfico são proibidos.

A acessoriedade administrativa pode ocorrer por expressa menção (i) à regulação de outra lei do ordenamento, (ii) a conceitos normativos anteriormente previstos ou (iii) a atos administrativos.

A primeira alternativa representa a acessoriedade normativa, na qual a complementariedade do tipo penal ocorre pela utilização de normas administrativas, que restringem o alcance da norma, por portarias ou decretos, estabelecendo o lícito e o ilícito. É o caso da norma penal em branco propriamente dita.

A complementação por conceitos normativos, por sua vez, recorre ao Direito Administrativo para suprir a definição e interpretação de um termo vago. E a última possibilidade, traduzida pela remissão expressa da norma penal a atos administrativos, depende de autorizações e licenças concedidas por atos do poder público, para que determinada conduta não seja considerada irregular.

Somente não haverá afronta à legalidade quando essas remissões ao direito administrativo encontrarem-se efetivamente nos preceitos aos quais fazem referência. Se estes não estiverem previamente definidos ou determinados em norma complementar, haverá um vácuo legislativo, gerador de insegurança jurídica e, eventualmente, de arbitrariedades.

Saindo da esfera penal, que apresenta essas dificuldades e artifícios para garantir sua tutela no âmbito do direito do consumidor, pode verificar-se uma maior facilidade de punição, quando se trata de sanções administrativas. O art. 12 do CDC é deveras ilustrativo desse potencial:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (grifos nossos)

Praticamente equivalente à conduta delitiva, a infração administrativa conta com maior precisão, ao constatar no produto “*informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*” e ainda possui a vantagem de exigir a reparação do dano com base na responsabilidade objetiva (“*independente da existência de culpa*”).

4. Os arts. 64 e 65: o conhecimento posterior do risco e a reiteração de crimes

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado

Parágrafo único - Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente.

Esclarece José Geraldo Brito Filomeno que o tipo penal acima visa a assegurar a qualidade da coisa vendida, “diligenciando o responsável no sentido de praticar o *recall*”. Assim, além do “dever evidente de o fornecedor não colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”, acrescenta-se o dever de cuidado aos produtos, cujo grau de novidade ou periculosidade vai “*além do que normalmente se esperaria (beyond expectation, no dizer da doutrina e jurisprudência angloamericana)*”.¹³

Certo é que o Direito Penal, neste caso, trabalha com um conceito estranho a sua tradição: o princípio da precaução. Esse princípio decorre do direito civil e administrativo, em que o comerciante e fornecedor devem analisar os riscos incertos da mercadoria e podem ser responsabilizados pelas repercussões negativas identificadas posteriormente à colocação do produto no mercado.

Por outro lado, se, ao momento da produção e distribuição da mercadoria, não havia conhecimento e intenção do agente sobre os riscos existentes, responsabilizá-lo criminalmente pela verificação *a posteriori* contraria a concepção de responsabilidade penal subjetiva e do *in dubio pro reo*. Isso porque constitui uma imputação por risco ou dano derivado de um produto, cuja nocividade era desconhecida no tempo de seu ingresso no mercado. A aplicação do princípio da precaução na esfera penal, contudo, requer que se sancione pela constatação de uma nocividade efetivamente desconhecida, fruto da sociedade de risco e das novas tecnologias existentes. Essa exigência difere dos riscos passíveis de apuração, que não foram previamente analisados pelo produtor imprudente.

¹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 235.

Por óbvio, a impropriedade da tutela penal não exclui, de forma alguma, a necessidade de tutela administrativa e civil, que é regulada nos mesmos termos pelo art. 10, do CDC.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (grifos nossos)

Contata-se, no parágrafo único do art. 64, que, com efeito, há uma preocupação em relação à desobediência, que configura um tipo penal já previsto no art. 330 do Código Penal. O Código de Defesa do Consumidor em nada inovou, apenas reiterou delito existente, com falhas em sua redação.

A antijuridicidade está na não-retirada do produto, quando assim determinado pela autoridade competente. Nesse sentido, relacionam-se os requisitos objetivos do tipo com “a) que exista uma determinação da autoridade competente, válida e conforme ao Direito; b) que o produto seja perigoso ou nocivo à incolumidade físico-psíquica do consumidor; c) que a retirada não seja efetuada ou que o seja inoportunamente”.¹⁴

A problemática aparece quando há dúvida em relação à idoneidade da ordem (no caso, por exemplo, de ser ilegal e houver desobediência) ou à competência da autoridade que dá o comando. Ainda, verifica-se má redação legislativa diante do vago termo “*imediatamente*” e diante da indeterminação do sujeito representado por “*quem deixar de retirar do mercado*”, que pode ser a própria autoridade, o policial, o distribuidor, o fabricante ou qualquer um que tenha conhecimento da ordem, sem atendê-la.

A falta de obediência devida, prevista no art. 330, do CP, novamente é reiterada no art. 65, do CDC, que criminaliza a realização de serviço arriscado, não acatando ordem prévia de autoridade competente.

Como é requisito do tipo penal que o órgão da administração competente tenha se manifestado formalmente sobre as condições e requisitos do serviço prestado, proibindo-o, o desrespeito a essa ordem configura, em tese, a conduta típica prevista no art. 330, do CP; desnecessária, portanto, a previsão do art. 65, do CDC.

¹⁴ MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 914.

5. Art. 66: O engano e os crimes de perigo abstrato

Art. 66 - Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços

§1º - Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§2º - Se o crime é culposo (...)

Ainda não estamos no âmbito da propaganda enganosa. Esse artigo refere-se à afirmação dissociada da realidade que não se utiliza do *marketing* publicitário. Cuidar-se da proteção dos consumidores contra a oferta enganosa.

Esse tipo penal prevê duas formas diferentes de conduta: a) a comissiva, que consiste no agir e declarar a informação enganosa; e b) a omissiva, em que o agente silencia, quando tinha o dever de esclarecer informações relevantes sobre o produto.

O Código Penal já tratava da questão do engano. À diferença do delito contra a relação de consumo, o estelionato exige expressamente a vantagem ilícita como um dos elementos objetivos do tipo.

Art. 171: Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

No CDC, não há referência à vantagem patrimonial, bastando a existência de afirmação falsa ou omissão de informação relevante. Contudo, por se tratar de questão relacionada ao consumo, pode-se presumir que o objetivo primordial do agente é a obtenção de lucro frente a terceiro consumidor. Mesmo que não houvesse compra do produto ou serviço mencionado, já estaria configurada, ao menos, a tentativa de estelionato. Em caso de compra, haveria a modalidade consumada do art. 171, do CP.

Relevante destacar, contudo, que o tipo penal do estelionato prevê o elemento subjetivo doloso, enquanto o art. 66, do CDC, admite a punição por culpa. Essa previsão assoma como descabida. A falta de conhecimento, por imprudência do vendedor, não parece ter relevância penal suficiente para incidir uma sanção gravosa como a penal, uma vez que ausente o intuito de fraudar e ludibriar o comprador. A responsabilidade civil, com base no art. 31, do CDC, já seria suficiente.

O próprio Código de Defesa do Consumidor previu anteriormente a responsabilidade do fornecedor exatamente pela mesma conduta:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como

sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A desnecessidade de resultado material (resultado de dano ou de perigo) demonstra que o delito, previsto no art. 66, do CDC, como muitos outros do Código, apresenta a estrutura de crime de perigo abstrato.

Nessa modalidade de crime, antecipa-se a barreira de tutela do direito penal, punindo tentativas ou atos preparatórios, com o escopo de evitar a lesão. Para muitos doutrinadores,¹⁵ o crime de perigo abstrato resume-se na mera realização da conduta descrita no tipo, momento que se entende restar configurado o desvalor da ação.

No entendimento de Mirentxu Corcoy Bidasolo, o delito requer uma nocividade *ex post* do produto que já se encontra no mercado. Assim, por parte do produtor, assinala-se a perda do domínio do risco que o autor da conduta criou e que teria o dever de controlar. Não se faz necessária a lesão propriamente dita (utilização efetiva do produto pelo consumidor), mas defende a autora que o perigo criado não pode nunca ser hipotético ou presumido.¹⁶

Dentre os crimes de perigo, diferenciam-se crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto: nesses, haveria uma colocação do interesse protegido em uma situação real de perigo; naqueles, a existência do perigo não seria um elemento do tipo penal, mas sim o motivo que levou o legislador à criação da proibição. Os crimes de perigo abstrato acabam tendo uma definição muito mais negativa – não é necessária, para a configuração do tipo penal, a comprovação do dano, tampouco a colocação em perigo – do que positiva e por isso acabam abrangendo uma série de condutas estruturalmente diversas.¹⁷

No perigo abstrato, o risco deve ser avaliado *ex post* com respeito à segurança do consumo. É necessária, pois, uma análise posterior sobre se o produto causou ou foi suscetível de causar dano à saúde das pessoas, para, deste modo, haver diferenciação quanto à ilicitude administrativa. Mesmo que não tenha sido consumido ou tenha gerado qualquer tipo de lesão, o risco *ex post* comporta a comprovação de que, por meio de análises, foi possível verificar o grau de perigo que o produto poderia gerar, eis que “os crimes de perigo abstrato devem apresentar tanto um desvalor de ação quanto de

¹⁵ Palestra de Luiz Flávio Gomes sobre Direito do Consumidor ministrada no Curso de Direito Penal Empresarial, São Paulo, IBCCrim, 12/08/2003.

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Protección penal de la salud de consumidores. In: MÁSTER EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS CRIMINALES, realizado em 2008.

¹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 35.

resultado, permitindo que se os distinga da mera desobediência. Uma suposta perigosidade da conduta por si mesma não é suficiente para conferir conteúdo material ao injusto”.¹⁸

6. Art. 67 e 68: a propaganda enganosa e a incongruência quanto ao elemento subjetivo

Art. 67 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

Art. 68 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Tipifica-se a conduta de apresentar publicidade capaz de induzir a erro o consumidor ou que tenha potencialidade de dano. A consumação ocorre no momento em que a mensagem publicitária é veiculada, dispensando-se a produção de resultado naturalístico.

Tanto o art. 67, do CDC, quanto o art. 68, do CDC, tratam da questão do marketing publicitário. O tema da propaganda enganosa é uma das maiores preocupações na tutela do consumidor, diante da relevância da informação, destacada em todo Código do Consumidor, como um dos elementos fundamentais para garantir a liberdade e consciência de escolha do comprador.

Curioso notar que os artigos acima destacados se repetem. O primeiro artigo compõe-se dos termos “*abusiva ou enganosa*”, que, por serem conceitos vagos, exigem a remissão ao art. 37 do CDC.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (grifos nossos)

¹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 37.

Dessa forma, o art. 67, do CDC, pune toda propaganda falsa, ou seja, que induza a erro sobre as características do produto, ou abusiva, isto é, que, entre outras coisas, leve o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde.

Curiosamente, logo em seguida, o art. 68, do CDC, tipifica novamente, usando os mesmos termos, a conduta de publicidade que induz “o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Em tom jocoso, o professor Eduardo Reale Ferrari chega a afirmar que o artigo posterior teria derogado o anterior, apesar de os dois estarem no mesmo dispositivo legal.¹⁹

Para continuar com as repetições, o art. 7º, da Lei n. 8.137/90, promulgado três meses após o CDC, novamente disciplina a conduta da propaganda abusiva:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:
VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

Levanta-se o questionamento se o dispositivo acima teria derogado, ao final, os dois artigos anteriormente mencionados. Ocorre que a *vacatio legis* do Código de Defesa do Consumidor, embora tenha sido aprovado três meses antes da Lei n. 8.137/90, era mais longa do que a desta lei, e, por essa razão, seus artigos entraram em vigor depois no ordenamento jurídico pátrio.

Outra questão problemática com relação a esses artigos é a análise do elemento subjetivo. Alguns autores são contundentes ao afirmar que “consoma-se o delito quando a publicidade induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa, sendo que o elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade consciente de fazer ou promover publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar daquela maneira”.²⁰

Entretanto, a expressão “sabe ou deveria saber” não esclarece quanto à existência de dolo ou de culpa. Se “*sabe*” configura intencionalidade e, portanto, dolo, a expressão “*deveria saber*” faz referência à imprudência, figurando como elemento subjetivo de culpa. Nesse entendimento, verifica-se evidente afronta ao princípio da proporcionalidade, pois não existe distinção de pena para as distintas modalidades. Em outras palavras, a prática do delito, seja por dolo ou culpa, seria punível com o mesmo patamar abstrato de pena, o que é notadamente inconstitucional.

¹⁹ Palestra sobre Responsabilidade Penal do Fabricante nos Crimes contra o Consumidor ministrada pelo professor Eduardo Reale Ferrari, op. cit.

²⁰ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade Civil e Penal no Código de Defesa e Proteção do Consumidor. São Paulo: Síntese, 2000, p. 96.

De fato, essa expressão não faz sentido, a menos que se busque, por certo malabarismo jurídico, defender que “*sabe*” refere-se ao dolo direto, ao passo que “*deveria saber*” aponta para um dolo eventual. Conforme Celso Delmanto na definição de conceitos, há dolo eventual “quando o agente, conscientemente, admite e aceita o risco de produzir o resultado”, e dolo direto quando “não é suficiente que o agente se tenha conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado; exige-se, mais, que ele haja consentido no resultado”.²¹

O dolo eventual se diferencia da culpa consciente, pois nesta última o agente não esperava o resultado, eis que se acreditava capaz de controlar o dano, enquanto, no primeiro, o sujeito é indiferente à ocorrência ou não do resultado lesivo. Na hipótese do Direito do Consumidor, o fornecedor sempre, invariavelmente, “*deveria saber*”, uma vez que tem por obrigação profissional consciência do risco, cabendo-lhe assumir responsabilidade, inclusive penal, por uma possível consequência danosa.

7. Art. 69 e 70: administrativização do Direito Penal

Art. 69 - Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade

Art. 70 - Empregar, na reparação de produtos, peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor

Neste tópico, pretende-se demonstrar novamente que o Código de Defesa do Consumidor pouco inovou na questão da tutela penal, deixando até mesmo de estabelecer uma diferenciação entre as infrações administrativas e penais.

Para tanto, apresentam-se os artigos da tutela cível, correspondentes às condutas penais típicas expostas, com o escopo de compará-las:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. (grifos nossos)

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a

²¹ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

estes últimos, autorização em contrário do consumidor.
(grifos nossos)

Verifica-se que, na esfera administrativa, existe exatamente a mesma tutela. Constata o professor Miguel Reale Jr. que “esta administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regramento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar, revelando-se que a lei penal visa antes a organizar do que proteger, destituída, portanto, da finalidade de consagrar valores e tutelá-los”.²²

É que, além da mencionada acessoriedade administrativa, que é a constante remissão dos tipos penais a regramentos ou conceitos do direito administrativo, há também a administrativização do Direito Penal, fruto de um movimento de inflação legislativa, que significa criminalizar condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo ou civil.

Toron, fazendo uma análise sobre os aspectos penais da proteção do consumidor, afirmou que “mais grave ainda é a percepção de que muitas condutas criminalizadas ou bem poderiam ser alvo de controle administrativo ou bem resolvíveis no âmbito da transação civil”, não havendo a necessidade do acionamento da máquina estatal no âmbito penal.²³

De fato, não houve uma preocupação sistêmica para distinguir as infrações constantes nas diferentes esferas. Por essa razão, a doutrina tem procurado diferenciá-las de maneiras dispares e, muitas vezes, artificiais em relação ao histórico legislativo.

Na busca de uma distinção entre a esfera penal e as esferas administrativa e civil, pode-se destacar a diferenciação de responsabilidades (objetiva e subjetiva), com base no elemento subjetivo.

A esfera penal, pautada pela responsabilidade subjetiva, exige a demonstração do elemento subjetivo, caracterizado pelo dolo ou culpa do agente infrator. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor instituiu para as infrações administrativas a responsabilidade objetiva pelo produto, bastando a demonstração do dano e do nexo causal. Ressalte-se, contudo, que, seguindo essa lógica, a punição a título administrativo é consideravelmente mais simples e eficaz, dada a rapidez na apuração dos fatos.

Ainda no tema da responsabilidade subjetiva no âmbito penal, cabe destacar que muitos delitos contra o consumidor são realizados dentro da complexa estrutura da pessoa jurídica. À diferença da criminalização contra o meio ambiente (art. 3º, da Lei de Crimes Ambientais), na tutela penal dos delitos contra a relação de consumo não

²² REALE JR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21.

²³ TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 1995. p. 13.

houve referência à responsabilização da pessoa jurídica, embora o debate seja igualmente relevante e ecoe dos debates do plano ambiental.

Diante dessa ausência de previsão da aplicação de pena criminal aos entes coletivos, mister verificar individualmente o grau de responsabilidade de cada agente atuante, considerando inclusive a posição de garante do gerente, que deveria fiscalizar o funcionário subalterno.

Assim, pode-se considerar que a distinção das esferas está no agente passivo da punição, sendo a pessoa jurídica no âmbito administrativo, e o particular nos processos criminais.

O grau de lesividade da conduta às relações de consumo poderia ser um bom critério de distinção, cabendo à esfera penal os atos mais danosos ao bem jurídico supraindividual (constatação de *ultima ratio*) e, à administrativa, as condutas menos lesivas.

Quando a lesividade fosse ínfima, recairia no princípio da insignificância ou adequação social em que o mecanismo penal não seria acionado, em virtude da ausência de relevância penal. Isso, sem, contudo, excluir eventual punição administrativa.

Mirentxu Corcoy, com base na transgressão, esclarece que, “em relação à delimitação entre infração administrativa e delito, o requisito essencial deve ser a efetiva nocividade do produto. É dizer, a infração administrativa será qualquer descumprimento da normativa vigente, enquanto a relevância penal deve requerer, em todo caso, a constatação *ex post* da existência de um risco objetivo *ex ante* para a vida ou a saúde. A idoneidade do produto para afetar a vida ou a saúde no caso concreto será, pois, o critério de delimitação a respeito das infrações administrativas”.²⁴

Isso significa que, no âmbito da esfera administrativa, seja por análises estatísticas, seja por critérios de experiência, estabelecem-se normas de conduta. Para o direito penal, entretanto, não basta a mera transgressão de normativa administrativa: é necessária a comprovação da idoneidade do risco no caso concreto.

8. Art. 71: um debate sobre a ilusão penal

Art. 71 - Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira em seu trabalho, descanso ou lazer.

²⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Protección penal de la salud de consumidores*. cit.

Este crime só se consuma com a adoção de métodos ilegítimos ou injustificados de cobrança, acarretando um constrangimento sem justificativa.

No âmbito não-penal já existe proibição, no art. 42, do CDC, podendo o consumidor eventualmente obter ganho de perdas e danos em razão da abusividade e do constrangimento.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Se essa cobrança extrapolar o espaço normal de liberdade de ação empresarial, poderá o consumidor lesado acionar o já existente art. 345, do CP, cujo tipo penal sanciona o exercício arbitrário das próprias razões, que consiste na substituição do poder da autoridade pública, pela coerção privada, com o fim de obter uma coisa sobre a qual acredita ter direito:

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

A jurisprudência define o tipo penal como “a conduta do agente de constranger a vítima a praticar algo que poderia ser obtido através de medida judicial própria” (TJRJ, RT 788/677).²⁵

Pode-se notar, portanto, que muitas das condutas criminais apresentadas no CDC pouco inovaram com respeito ao CP. Ou foram retomados ilícitos administrativos e cíveis para criminalizá-los, sem um menor rigor técnico, ou foram reescritos tipos penais já existentes no CP, para aplicá-los especialmente aos casos envolvendo relação de consumo.

Partindo de uma concepção de que o Direito Penal deve ser utilizado como último recurso, com caráter fragmentário e subsidiário, ressalta Odone Sanguiné que “o inconveniente da proliferação de regras protetivas em excesso consistiria no perigo de dar aos consumidores a impressão de que a lei os protege em todas as circunstâncias e de criar, deste modo, neles uma mentalidade de assistidos, até de incapazes”.²⁶ Criar-se-ia, portanto, uma expectativa equivocada sobre a liberdade excessiva de conduta do consumidor e limitação, ou quase sacrifício, dos empresários, utilizando o caráter estigmatizante do direito penal para esse fim.

²⁵ DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. cit. p. 711.

²⁶ SANGUINÉ, Odone, Introdução aos Crimes contra o Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 675, p. 315-330, jan. 1992. p. 315.

9. Art. 72 e 73: criminalização de condutas administrativas e os remédios não-penais

Art. 72 - Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros.

Art. 73 - Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata.

Tratam os dois artigos de questões referentes às informações constantes de bases de dados. “A conduta de impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações constantes de arquivo configura crime (CDC, art. 72). Responde penalmente o dirigente da empresa responsável pela orientação de que resultou a obstaculização ou dificuldade de exercício do direito pelo consumidor. Não há, portanto, responsabilidade penal do empresário se ficar demonstrada a iniciativa de dirigente, ou de chefia intermediária da estrutura administrativa da empresa, como fator determinante da negativa de acesso aos bancos de dados ou cadastros da empresa”.²⁷

Quanto ao acesso às informações, prevê a Constituição Federal, desde 1988, o remédio do Habeas Data, art. 5º, inciso LXII, da CF:

Art. 5º, inciso LXII:

“Conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros públicos ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

O habeas data é uma ação constitucional, de caráter civil, de conteúdo e rito sumário, que tem por objeto a proteção de direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais.

Além do instrumento de caráter constitucional, o Código de Defesa do Consumidor também resguardou o direito de acesso aos dados na esfera cível.

Mais uma vez desnecessária, portanto, a tutela penal.

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 201.

§3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas (grifos nossos)

10. Art. 74: o Direito Penal mínimo

Art. 74 - Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

Os artigos acima contêm outro caso de conduta administrativa criminalizada. Verifica-se que a opção pela utilização do Direito Penal é, na verdade, fruto de uma escolha político-criminal, sendo algumas vezes uma forma de educação para internalização de valores protegidos pela sociedade. Com bem ilustra Sanguiné Odoné, “fica entendido, a função de orientação cultural conexas à ameaça da pena é ainda hoje muito preciosa para poder-se renunciar sem sofrer um efeito excessivo. Existe, todavia, o risco de absolutizar a função simbólica do Direito Penal, isto é, simplesmente pensar que com isso ocorre a reafirmação de valores, sem nenhuma efetividade real. Isso implica uma política demagógica”.²⁸

Eduardo Reale Ferrari, no mesmo sentido, ressalta que “a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social, a corroborar a necessidade de priorizarmos a via administrativa por meio de um direito administrativo sancionador”.²⁹

O princípio da intervenção mínima, embora não expresso no ordenamento jurídico vigente, seja na Carta Magna ou no Código Penal Brasileiro, deveria ser o norte para a criação da tutela penal das relações de consumo. Trata-se de uma linha mestra

²⁸ SANGUINÉ, Odone. *Introdução aos crimes contra o consumidor*. cit. p. 329.

²⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e constituição federal brasileira. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, a.1, p. 275-294, jul.-dez. 2004. p. 293.

imane ao direito penal, em que a limitação do poder punitivo decorre naturalmente da política criminal adotada.³⁰ Impõe-se ao legislador e ao intérprete da lei “por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático. (O princípio da intervenção mínima se converte, assim, num princípio político-crimal limitador do poder punitivo do Estado)”.³¹

Por ser o Direito Penal a intervenção estatal mais radical à liberdade do indivíduo e aos direitos fundamentais, entende-se que o Estado não deva “recorrer a (ele) e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais”.³²

O princípio da intervenção mínima do Direito penal está diretamente relacionado ao binômio subsidiariedade e fragmentariedade. Esta última, por seu turno, introduz o debate sobre a autonomia do direito penal, sobre sua natureza constitutiva e sancionadora.

O caráter subsidiário (*ultima ratio*) radica na concepção de que a atuação do Direito Penal somente se realiza quando todas as outras medidas de controle social fracassarem. Note-se que “o Direito Penal não é o único controle social formal dotado de recursos coativos, embora seja o que disponha, nessa matéria, dos instrumentos mais enérgicos e traumáticos. A gravidade intrínseca desse instrumental, posto à disposição do Direito Penal, recomenda, no entanto, que só se faça dele uso quando não tenham tido êxito os meios coativos menos gravosos, de natureza não penal. A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis – possui a nocividade intrínseca – só pode ser prescrita: *in extremis*, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou quando estas resultam ineficazes: como *ultima ratio*. O princípio da subsidiariedade limita, portanto, o *ius puniendi* na medida em que só autoriza a intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção estatal menos lesiva e menos custosa aos direitos individuais”.³³

³⁰ Segundo GARCIA-PABLOS, Antonio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 120-121: “a Política Criminal é concebida como disciplina que oferece aos Poderes Públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime e estuda as alternativas legais”. No Estado Social e Democrático de Direito viu-se a necessidade de associar a Política Criminal com aspectos provenientes da análise de criminologia e ciências sociais, constituindo assim uma dogmática crítica.

³¹ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 71.

³² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Barcanova, 1981. p. 49. Como se observa, o art. 5º, §2º da CF recepciona direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais homologados, assim, o princípio da intervenção mínima encontra raiz no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789), ao proclamar que a lei deve estabelecer “penas estritas e evidentemente necessárias”.

³³ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Revista

A insuficiência dos demais mecanismos de intervenção – social ou jurídico – justifica a intervenção da esfera penal, visto que a sua sanção concebe-se como a mais enérgica existente.³⁴

Do caráter fragmentário decorrem os requisitos para a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos. A atuação do direito penal não visa a tutelar todas as ações ou omissões lesivas a quaisquer bens jurídicos.³⁵ Isto é, há primeiramente a separação entre o que deve ser objeto de tutela penal e o que não deve, para, a seguir, determinar-se qual a modalidade e grau de ataque que será objeto de reproche. A resposta penal apenas advirá quando houver ataques *insuportáveis* aos bens jurídicos *vitais* à convivência social.

O princípio da intervenção mínima opera, pois, uma transformação nos valores abstratamente selecionados para compor o sistema penal, importando um maior rigor na eleição das condutas a serem sancionadas. Necessária a observação do grau de ofensividade no ambiente social para determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo.

Define-se o princípio da intervenção mínima como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas. O princípio da intervenção mínima está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração de leis penais, sendo sua utilização judicial mediata cabível apenas como recurso para dar unidade sistêmica ao Direito.

O Direito Penal não pode se transformar em mero expediente corriqueiro, cujo uso comum tangencie todos os bens jurídicos existentes, na ocorrência de qualquer conflito social. Sua atuação caracteriza-se pela intervenção traumática, com efeitos majoritariamente irreversíveis. Compete a essa tutela definir limites materiais de atuação do poder punitivo, tanto pelo conteúdo legislativo como pela extensão de sua interpretação, para abarcar unicamente a garantia dos bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves a eles. Dessa forma, a intervenção mínima estatal busca o máximo de liberdade, com a utilização de seus mecanismos como *ultima ratio*, não como *prima* ou *unica ratio* vislumbrada.

Equívoco usualmente constatado verifica-se quando já existe um instrumento de proteção de bens jurídicos por mecanismos de natureza não penal cuja estrutura administrativa ineficiente não garante a devida eficácia das sanções previstas e, como consequência, criam-se tipos penais novos com a ilusão de que esta esfera saciará a

dos Tribunais, 2000. p. 66.

³⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 1 e 2, p. 2.

³⁵ “Não basta que se demonstre ser o controle social penal um mecanismo formalizado, em face do princípio da legalidade, nem que tal controle se realize a partir de fatos concretos, comissivos ou omissivos, que lesem ou ponham em perigo bens jurídicos fundamentais para a pessoa humana ou para a sociedade em que está inserida”. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. cit., p. 64.

deficiência burocrática e técnico-administrativa. É exatamente essa a situação dos delitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O engano cinde-se em dois: primeiro, identifica-se erroneamente a inoperância da estrutura administrativa com uma hipotética insuficiência da sanção estabelecida. Não se justifica aplicar o recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado por meio de um mais suave. Ademais, a equivocada inflação legislativa³⁶ provém da crença no direito penal simbólico, desconsideração do princípio da intervenção mínima. Exceções à unidade da Política Criminal³⁷ adotada desarmonizam todo o imbricado conjunto de princípios e valores que norteia a atuação estatal. Admitir o mais extremo remédio sancionador para situações substituíveis por outras barreiras protetoras evidencia um atentado às garantias dos direitos individuais, que devem ser asseguradas o máximo possível.

A indevida organização administrativa deve ser solucionada com reestruturação e fiscalização, para haver eficácia dos instrumentos administrativos e civis. Recorrer a soluções radicais é disseminar o terror e ignorar o problema, podendo até mesmo infectar o Direito Penal com o germe da inoperância e consequente descrédito.

Desse modo, conclui-se com a constatação de que o CDC pouco inovou na esfera penal, diferentemente da revolução provocada no âmbito cível. As infrações repetidas, os tipos penais vagos e a má técnica legislativa apenas relegam ao descrédito a tutela penal das relações de consumo.

São Paulo, janeiro de 2009.

Referências

BECCARIA Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

³⁶ DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 54-77, comenta sobre o assunto: “Sob outro ângulo, a inflação legislativa é uma das conseqüências da hipercriminalização e assim vem ocorrendo no Brasil por força da legislação extravagante destinada a apurar interesses coletivos no campo da economia e das finanças. Além da criação de novos tipos legais de ilicitude sem a técnica adequada, muitas leis e decretos-leis dos anos 60 e 70 previram hipóteses de infrações administrativas ou fiscais para a sujeição de seus responsáveis a medidas extra-penais”, p. 63.

³⁷ “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais” nos dizeres de FRAGOSO, Heleno; FRAGOSO, Cláudio. *Lições de direito pena: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 17, isto é, no sentido de uma ‘conselheira da sanção não penal’.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Protección penal de la salud de consumidores*, material fornecido no Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales, realizado em 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 54-77.

_____. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e Constituição Federal brasileira. *Ciências penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, a.1, p. 275-294, jul.-dez. 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FRAGOSO, Heleno; FRAGOSO, Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA-PABLOS, Antonio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HASSEMER, Winfred. Característica e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, a. 3, n. 18, p.144-157, fev./mar. 2003.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no código de defesa e proteção do consumidor*. São Paulo: Síntese, 2000.

MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 1.

MUNÔZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Barcanova, 1981.

REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANGUINÉ, Odone, Introdução aos crimes contra o consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 675, p. 315-330, jan. 1992.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 1995.

Material de palestras

Palestra de Luiz Flávio Gomes sobre Direito do Consumidor ministrada no Curso de Direito Penal Empresarial, São Paulo, IBCCrim, 12/08/2003.

Palestra sobre Responsabilidade Penal do Fabricante nos Crimes contra o Consumidor ministrada pelo professor Eduardo Reale Ferrari, no Curso de Direito Penal Empresarial, São Paulo, IBCCrim, 12/08/2003.

Palestras de Luiz Flávio Gomes e Vicente Greco Filho sobre Direito Penal do Consumidor no Curso de Direito Penal Econômico. São Paulo: IBCCrim, 16 a 18/08/1999.